



Roj: **AAP BA 544/2018 - ECLI:ES:APBA:2018:544A**

Id Cendoj: **06083370032018200538**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **29/10/2018**

Nº de Recurso: **321/2018**

Nº de Resolución: **144/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUANA CALDERON MARTIN**

Tipo de Resolución: **Auto**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N.3**

**MERIDA**

*AUTO: 00144/2018*

Modelo: N10300

AVDA COMUNIDADES S/N. EJECUCIONES TEL 924388764//924388765//FAX 924388766

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

Tfno.: UPAD 924312470 Fax: FAX 924301046

Equipo/usuario: FAC

**N.I.G.** 06044 41 1 2018 0000327

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000321 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** X07 ADOPCION 0000088 /2018

Recurrente: Flora , Flora

Procurador: MARIA FELICIA GARCIA SERVAN, MARIA FELICIA GARCIA SERVAN

Abogado: ,

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

**AUTO Núm. 144/2018**

**ILMOS. SRES.**...../

**PRESIDENTE:**

**DON JOAQUÍN GONZÁLEZ CASSO**

**MAGISTRADOS:**

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA

**DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN (Ponente)**

**DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO**

**DON JESÚS SOUTO HERREROS**



=====

### Recurso Civil núm. 321/2018

Autos: ADOPCIÓN núm. 88/2018.

Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 .

=====

En la ciudad de Mérida a veintinueve de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos de ADOPCIÓN núm. 88/2018, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el rollo de apelación núm. 321/2018 en el que aparecen: como parte apelante DOÑA Flora , que ha comparecido representada en esta alzada por la procuradora Doña María Felicia García Serván y asistida por el letrado Don José Bermúdez Caballero; como parte apelada, el MINISTERIO FISCAL.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 , en los autos núm. 88/2018, se dictó auto el día 5 de julio de 2018, auto cuya parte dispositiva es la siguiente:

*<< Se deniega la adopción de Nuria por Flora >>*

**SEGUNDO.** Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Doña Flora .

**TERCERO.** Admitido que fue el recurso por el Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

**CUARTO.** Una vez verificado lo anterior se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose la deliberación y fallo para el día 24 de octubre de 2018.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña JUANA CALDERÓN MARTÍN.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** La apelante, Doña Flora instó la adopción de la menor Nuria , nacida en Ucrania mediante gestación por sustitución. En la certificación de nacimiento expedida conforme a la legislación ucraniana constan como padres legales de la menor la Sra. Flora y su marido Don Jose Daniel ; la inscripción de la filiación en la Embajada Española en Kiev se hizo a favor del varón que aportó el material genético, Sr. Jose Daniel , y de la mujer que dio a luz, Sra. Nuria . Se expresa en el escrito iniciador del procedimiento que se dan los requisitos que establecen los arts. 175 y siguientes para constituir la adopción de dicha menor por parte de la solicitante, sin necesidad de propuesta previa por parte de la entidad pública ni declaración de idoneidad, al ser la adoptando hija biológica de su marido.

En el auto apelado se inadmite a trámite la solicitud de adopción con fundamento en lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo , sobre técnicas de reproducción asistida humana, que establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero; a lo que añade que la validez o no de la gestación por sustitución en el derecho de otro país resulta irrelevante, a tenor de lo dispuesto en los arts. 23 y 31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional , que disponen que en ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español, ni tampoco el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple o no plena si produce efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional español; a tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor.

La parte recurrente alega que no se cuestiona la legalidad o no de la gestación subrogada en nuestro país; lo que pretende la demandante es la adopción de un hijo biológico de su marido, figura prevista en nuestro ordenamiento jurídico, con fundamento en el interés superior del menor y del derecho de éste a una sola identidad. Señala que los preceptos de la Ley de Adopción Internacional no son aplicables a este caso, y cita, en apoyo de su pretensión, la Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno de la Sala 1ª, de 6 de febrero de 2014 ,



así como el auto de fecha 2 de febrero de 2015 , que resuelve un incidente de nulidad planteado por la parte recurrente contra dicha sentencia, e igualmente dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 , dictadas en los asuntos 65192/11 (Menesson c/ Francia) y 65491/11 (Labasse c/ Francia).

**SEGUNDO.** El recurso ha de estimarse, acogiendo la Sala los alegatos de la apelante en cuanto refieren que las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen viable la admisión a trámite de su solicitud de adopción.

La *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014* (dictada por el Pleno de la Sala 1ª y que cuenta con cuatro votos particulares discrepantes), analiza la pretensión de un matrimonio que había solicitado la inscripción del nacimiento de dos gemelos en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (California), nacimiento que tuvo lugar mediante "gestación por sustitución"; el Registro Civil Consular la denegó, pero la Dirección General de los Registros y el Notariado estimó el recurso de los padres solicitantes y acordó la práctica de dicha inscripción con base en las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por el organismo de California equivalente al Registro Civil. La decisión de la Dirección General fue impugnada por el Ministerio Fiscal a través de la demanda origen del proceso del que dimana el recurso de casación resuelto por el Tribunal Supremo que, tras dejar sentado que *"...las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida , integran el orden público internacional español."* considera que *"...la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.>>*

Ahora bien, la citada sentencia también examina la cuestión planteada desde la ineludible consideración del interés de los menores, conforme a lo dispuesto en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España , *art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea , art. 39 de la Constitución española ,* y que se recoge igualmente en la regulación de las relaciones paterno-filiales del C. Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Y así, termina diciendo en el último de sus fundamentos jurídicos lo siguiente: *<<La protección de este interés no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.*

*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo , y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia ) ha declarado que el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , que establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, supone obligaciones positivas para los Estados que han de interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas. A tal efecto, procede instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto".>>*

Con posterioridad a esta resolución, las *sentencias citadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014* , establecieron que la negativa de las autoridades francesas a la inscripción de la filiación de los niños respecto de los demandantes vulnera el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , concretamente en lo relativo al derecho a la vida privada de los menores. Y concluye de este modo porque el ordenamiento jurídico francés no permitía, por ningún medio (ni por la transcripción de actas de nacimiento, ni por determinación de la filiación biológica paterna, ni por adopción o posesión de estado) el reconocimiento de la filiación entre los matrimonios comitentes y los niños gestados por subrogación; y considera especialmente grave el Tribunal Europeo la imposibilidad de reconocer o establecer la relación de filiación respecto del progenitor biológico, citándose incluso dos sentencias del Tribunal de Casación francés en las que afirma la imposibilidad de determinar legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución.

*Y el auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 , que desestimó el incidente de nulidad planteado contra la sentencia de 6 de febrero de 2014 , tras desgranar las similitudes y diferencias entre el caso español y los casos franceses examinados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos , concluye que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo respeta el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad*



conforme al art. 8 del Convenio. Dice el auto: << Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar "de facto" entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores.

El Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor.>>

**TERCERO.** De acuerdo con la precedente doctrina, es claro que cabe que la demandante puede instar la adopción de la menor nacida en Ucrania mediante gestación subrogada, y ello pese a que en el ordenamiento jurídico español sea nulo el contrato que tenga por objeto concertar este tipo de gestación.

Negar esta posibilidad supondría privar a la menor de la posibilidad de establecer esa "identidad cierta" a la que se refería el Tribunal Supremo en el auto antes reseñado, en el país en el que vive y va a continuar viviendo. Igualmente mediante la adopción, si es que resultan cumplidas las exigencias legales para acordarla, se protegería, en indudable interés del menor, el núcleo familiar "de facto" que parece que existe en este caso.

**CUARTO.** Las costas del recurso no se imponen a ninguna de las partes, dada la naturaleza de la cuestión planteada en la alzada ( arts. 304 y 398 de la LEC ).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, pronunciamos la siguiente,

#### PARTE DISPOSITIVA

**1.- ESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN** formulado por la representación procesal de DOÑA Flora contra el auto de fecha 5 de julio de 2018, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 en los autos de ADOPCIÓN núm. 88/2018, **RESOLUCIÓN QUE REVOCAMOS.**

**2.- ACORDAMOS**, en consecuencia, que por el Juzgado de Primera Instancia **SE DÉ EL CURSO Y TRAMITACIÓN PROCEDENTE** a la solicitud de adopción de la menor Nuria por parte de DOÑA Flora .

**3.-** No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Conforme a lo resuelto en esta resolución, dese al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ .

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia y del oportuno despacho, devuélvase los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.